242



POR DON GERONIMO ESPINOLA, VEZINO, Y Regidor de la villa de Motril.

EN EL PLEYTO

CON

Baltaſar de Cuellar, vezino deſta ciudad de Granada.

En Granada, por Martin Fernandez Zambrano, en la calle de los Gomeles. Año de 1632.


RETENDE Don Geronymo Espinola que se ha de reuocar el auto de vista, en que se reuocò por atentado lo hecho y executado por el Iuez executor que se despachò para el cumplimiento de la carta executoria. La parte de Baltasar de Cuellar pretende que sa ha de confirmar, y las principales razones en que se funda son dos. La vna, q̃ deuia hazer cuentas y liquidacion el executor, por contadores nombrados por las partes, y no lo hizo, sino el mismo hizo la cuenta. La otra, q̃ executò el alcance, y mandò entregar los bienes a don Geronymo Espinola, con fianças, sin auer pagado antes, como lo dize la executoria, y q̃ esto fue atentado.

2 ¶ Por nuestra parte se fundaran dos Articulos. En el primero, que no tuuo obligacion el executor a hazer cuentas por contadores nombrados por las partes, y que no causò atentado en auerlas hecho por su persona. En el segundo que tampoco lo fue el dar la possessiõ de los bienes con fianças al dicho don Geronymo, y que con el deposito hecho por el, ha cessado la duda que auia hasta agora.

I. ARTICVLO.

3 ¶ La otra parte pretende que tuuo obligacion el executor a hazer cuenta por contadores nombrados por las partes antes de dar la possession de sus bienes a don Geronymo, y esto lo trata de fundar en la l. 50. titul. 5. lib. 2. recop. & in l. 3. titul. 5. lib. 9. ibi: *Tomen las cuentas por cargo y data.* Baeça de decima tutor. cap. 2. num. 176.

176. Escobar. de ratiocin. cap. 2. nume. 10.& 11. & cap. 8. per totum, & cap. 21. num. 12. & sequentibus, & cap. 31. num. 8. donde trata delas cuentas que se deben hazer en cumplimiẽto de carta executoria.

4 ¶ A lo qual se satisfaze, que no ay ley que expressamente disponga, que las quentas se ayã de hazer forçosamente por contadores nombrados por las partes, y no de otra forma, ni en las leyes del Reyno, ni autores citados en contrario, se prueua este assumpto, porque la l. 50. titul. 5. lib. 2. solo dispone, que no pueden los juezes nombrar contadores, ni otras personas algunas los nombren, para cosa que consista en derecho, ni q̃ se pueda determinar por el processo sino que solamente se nombre para cosa que cõsista en cuentas. Y asi està comunmente entendida por los praticos del Reyno, teste Escobar, cap. 38. nume. 6. y la l. 3. titul. 5. lib. 9. recopilat. solo dize, que se tomen las cuentas por cargo y data, mas no, que no se puedan hazer sino es por contadores delas partes: & in terminis tenet Aluar. Valasc. de partitionib. cap. 1. num. 4. que las quentas se pueden hazer por las mismas partes sin contadores, ibi: *Possunt quoque fieri ab ipsis met partibus non adhibitis offitialibus, &c.* Parlador. lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 1. part. §. 6. num. 1. Escobar de ratiocin. cap. 31. num. 1. in princip.

5 ¶ Y no es contra esto lo que dize Escobar de ratiocin. cap. 31. num. 8. que se cita en contrario, para que en las cuentas que se hazen por carta executoria se hã de nombrar contadores. Porque se responde, que Escobar no babla en nuestro caso, ni puede entenderse en el, en el dicho num. 8. y lo que alli dize solo es, que auiendose hecho cuentas por carta executoria, y nõbrado contadores por las partes, ha de dar traslado

lado el Iuez, y aprobarlas, &c. Y este no es nuestro caso, sino diuerso, q̃ puede suceder todas las vezes que se pide, que el tutor, ò administrador, v otro que tenga obligacion de dar cuẽta, la dè, de quibus latè Castillo, in l. 27. Tauri, num. 19. vers. *Quoad secundam partem*, donde pone los que tienen obligacion de dar cuentas, y por executoria se condenan a que las den (como sucede cada dia) y lo mismo quando se pide al coheredero que haga cuenta y particion, y se manda por executoria. Porque como entonces se litiga solo, sobre si se ha de hazer cuenta, o no, y solo queda executoriado que se haga, no viene la executoria a obrar mas, que a poner en obligacion precissa de hazer la cuenta, y en consequencia a pagar el alcãce, y queda vn juyzio ordinario sobre ella, porque no la altera la executoria en este caso. Y diuersa cosa es, quando por executoria se haze alguna cõdenacion iliquida, que para executarla a de preceder liquidacion, que entonces es sin duda, que la liquidaciõ se ha de hazer sumariamente, ex doctrina Couarru. lib. 2. variarum, cap. 11. n. 1. vers. *In summa, &c.* Rodriguez, de execut. cap. 1. artic. 4. num. 30. vbi plures refert, y no seria juyzio sumario si se hiziesse vn juyzio ordinario de cuentas, nombrando contadores las partes: antes fuera hazer de la via executiua, ordinaria, y que se suspendiesse la execucion mientras durasse el juyzio de cuentas en todas instãcias, y viniera lo accessorio a mudar la naturaleza de lo principal, deuiendo al contrario lo principal traer a si lo accessorio, y surtir la naturaleza del juyzio executiuo de la executoria, por ser la liquidacion preparatoria para el, ex doctrina Baldi, in l. 2. C. quando fiscus, vel priuatus, num. 10. & quando summarie proceditur in causa principali similiter

militer erit quoque procedendum in quocũque articulo depēdenti ab ea, Bart. in l. ſolent, ff de aliment. & cibar. legat. nu. 16. Ripa, in l. damnum, num. 4. ff. de damn. infecto, Paul. de Caſt. conſ. 91. num. 14. volum. 1. & in l. quicumque, §. non tamen, ff. de inſtit. per textum, ibi num. 7. vltimo nota textum, in fine, ibi: *Quod idem eſt iudicium, de his quæ veniunt in conſequentiam, vel ſequelam, quod eſt de ipſo principali, &c.* Auendaño, de ſecunda ſupplicatione, num. 8. verſ. *Item eſt aduertendum,* ibi: *Quia tales declarationes, & liquidationes ſunt eædem ſententiæ cum primis, quibus in effectu nihil additur, vel minuitur, & executio eſt ſequella primi iudicij & inſtātiæ.* Et paulò inferius, ibi: *Et cùm executionis inſtantia ſit, quid deriuatum à prima executoria, eſt eiuſdem naturæ,* Gutierr. lib. 3. pract. quæſt. 38. num. 26. Salgado, de Regia protect. part 4. cap. 10. num. 14. & ſequent.

¶ 6 Pudiendo como queda fundado, hazer las miſmas partes las cuentas ſin contadores, tambien podra hazerlas el juez, y liquidar por los recaudos è inſtrumentos que ſe preſentaren, lo que ſe deue a cada vna dellas, y quando ſe haze la liquidacion por los miſmos papeles de la parte contra quien ſe haze la cuenta, es eſto mas llano, pues en eſte caſo ſe puede hazer, aunque ſea en ſu rebeldia, ex text. in l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de adminiſtrat. rerum ad ciuitatẽ pertinent. vbi notant Bart. & Alber. & communiter Doctores, y en el mayordomo y adminiſtrador de los propios de qualquier ciudad, o villa, es eſpecial, que puede ſer en eſte caſo condenado ſin citacion, vt aduertit Bobadilla, in politic. lib. 5. cap. 4. num 83. y la razon es, porque ſe haze la cuenta por ſu libro, y no puede pagar ſin librancas, ni tener otros recaudos para las cuentas: y caſi lo miſmo ha ſucedido en eſte caſo, en el qual Baltaſar de Cuellar preſentò el

miſmo

mismo los memoriales, y papeles por donde se hizo la cuenta, y no podia tener descargos, sino es por libranças del Consejo; y junta de poblacion, ni pagar sin ellas, y las partidas que se le auian de recibir, eran solo las que huuiesse pagado por cuenta del precio principal, en que se le remataron los bienes de don Geronymo Espinola, conforme a la carta executoria, sin que fuesse necessario admitir prueba de testigos, ni tratar della, y venia a constar de los autos la dicha liquidacion, en cuyos terminos no solo fue permitido al juez hazerla, sino que fuera culpable si la huuiera remitido a contadores; como lo dan a entender las palabras de la l. 50. tit. 5. lib. 2. recopil. ibi: *Otro si tenemos por bien, y mandamos, que los Iuezes de aqui adelante no nombren contadores para ningũ articulo q̃ consista en derecho, ni para otra cosa q̃ ellos puedan determinar por el processo, &c.* y Iuan Gutierrez, de iuram. confirmat. 1. part. cap. 1. num. 32. ibi: *Sed si liquidatio fieri potest per processum, iudex non debet id ad alios remittere, quia datur occasio litibus, & sumptibus, &c.*

7 ¶ De menos importancia es dezir, que conforme a la l. 3. titul. 5. lib. 9. recopil. se han de tomar las cuentas por cargo y data; porque se responde, que ansi se hizo por el executor, conforme a la sentencia de reuista, y en esto no dispuso nada de nueuo la ley del Reyno, pues por derecho comun estaua determinado lo mismo, vt patet ex dict. l. 2. §. quod de frumentaria, ff. de administratione rerum ad ciuitat. pertinent. ibi: *Ratio tamen administrationis secundùm fidem acceptorum, & datorum ponatur, &c.* & tradunt passim Regnicolæ, y que pudo hazer mas el juez executor, que por sus mismos papeles y memoriales de Baltasar de Cuellar, hazer computo de lo que auia de auer, y baxar lo que conforme a

la

la executoria deuia pagar de los diez mil ducados de frutos que se aplican por la sentencia a don Geronymo, y sacar el alcance que se le hizo. Quien pudiera formar agrauio es don Geronymo, pues pudiendo en la liquidacion liquidarse lo que montauan los cobres que sacò del ingenio Baltasar de Cuellar, y otras partidas que pretende, y baxrse ante todas cosas, no se hizo, y se sacò alcance contra el, de lo que no deue, pues hecho en esta forma venia a serle deudor Baltasar de Cuellar en mucha cantidad.

8 ¶ Tampoco se puede dezir, que las palabras de la sentencia de reuista mandan que se haga cuenta, ibi: *Y hecha la cuenta, quien deuiere a quien, pague, &c.* y que induze forma el ablatiuo absoluto, ex text. in l. ab emptione, ff. de pactis; cum alijs, Casanate, cons. 4. num. 17. Salgado, de Reg. protect. part. 4. cap. 3. n. 29. & sequent. y que no se cumplio con la forma de la sentencia de reuista: a lo qual se satisfaze cõ facilidad.

9 ¶ Que las palabras de la sentencia estan verificadas y cumplidas plenamente; porque cuenta no es otra cosa, sino vn computo de lo que vno deue, y ha de auer, como lo prueba el dict. §. quod de frumentaria, & tradit Castillo, in l. 27. Tauri, num. 18. donde tratando de la difinicion de la cuenta, dize, ibi: *Et tene quod ratio est, hinc inde dati, receptique commemoratio, &c.* Y por las mismas palabras lo dixo antes Bald. in rubric. C. de fide instrumen. num. 31. vers. *Reuertor ad primum*, y esta cuenta el Iuez executor la hizo, y no fue necessario que hiziesse vn juyzio ordinario de cuentas, ni se acostumbra a nombrar Iuez executor para cuentas ordinarias.

10 ¶ Y en terminos que quando la ley manda dar cuenta se cumpla con menos de lo que hizo el executor, lo prueua el texto in l. cum seruus

nus 81. in fin. ff. de conditionib. & demonstra. donde dize el Iurisconsulto, que el que està obligado a dar cuenta, si presenta los recaudos por donde consta della y de lo que deue, y lo paga, ha cumplido, vt patet, ibi; *Si rationes rediderit non hanc solam habet significationem, si cautiones instrumentaque omnia actus sui exhibuerit hæredi, sed & si reliqua soluerit, &c.* Y assi muchas vezes la parte que à de dar la quenta, el mismo la haze con cargo y descargo, y presenta, y mientras no se muestrã agrauios, se passa por ella por escusar las dilaciones que suelen causar las cuentas q̃ se hazen por contadores: y assi mucho mejor se deue hazer en este caso, en que la liquidacion se hizo legitimamente, por juez capaz y inteligente de semejantes materias de cuentas.

11 ¶ Y no obstaria si se dixesse, que quando se hazen cuentas sin contadores es de conformidad de partes, y quando el juez lo manda se nõbran contadores. Porque se responde, que no ay ley que de forma para que las cuentas se hagã forçosamente por contadores nombrados por las partes, y si la vuiera no pudierã hazerse sin ellos, aunque fuesse de conformidad de partes, q̃ solo pueden suplir lo que pende de su voluntad y consentimiento, y no aquello a que dio la ley forma, vt ex Bald. in l. mancipia 4 C. de rebus alienis non alienand. tradit Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 565. nu. 50. donde tratando de la ratificacion, dize, que no pueden ni por via de ratificacion aprouar el acto hecho cõtra la forma de la ley, & in cap. 124. num. 23. ibi: *Quod si peccatur in essentialibus, aut substantialibus actus nullus non potest confirmari ratihabitione cum in illis partes nihil possint disponere, secus vbi actus solum peccat in consensu, &c.* Et ante eum Felin. in cap. nõnulli 28. de rescript. versic. *Sed aduerte,* Nata cõ-

 sil. 262.

ſil. 262. nume. 10. Y aſsi confeſſandoſe que las cuentas ſe pueden hazer ſin contadores, como queda fundado, ex Aluar. Valaſc. de partit. cap. 1. num. 4. & alijs: aunque eſto ſea de conformidad de partes, tambien ſe ha de confeſſar, que no es de forma y ſuſtancia del juyzio de cuentas que ſe hagan por contadores, dues ſi lo fuera no pudieran las partes apartarſe, ni mudar la forma de la ley.

12 ¶ De que ſe manifieſta con euidencia, q̃ no pudo cauſarſe atẽtado de no auerſe hecho las cuentas ſobre que es eſte pleyto, por contadores, pues no ſe hizo nada contra la forma de la ley, y ſuſtancia del juyzio dellas, antes es permitido hazerlas el juez ſiendo inteligente de ſemejantes materias, como ſe acoſtumbra en el tribunal de cuentas de ſu Mageſtad, en el qual ſe haze la cuenta por ſolo vn contador dellos, ſin que nombren las partes, y ſi fuera contra derecho ſi no ſe hiziera. Y aun en caſo que ſe vuieſſe excedido por el executor, por ſer materia de cuentas, que pueden reformarſe desliaziendo los agrauios dellas, y eſcuſar dilacion y coſtas; eſta praticado q̃ no ſe admita atẽtado en ellas en los Tribunales ſuperiores, q̃ deuẽ juzgar la verdad ſabida, vt teſtatur Eſcobar de ratiocin. cap. 33. num. 18. & in cap. 31. num. 17. ad fin. dõde dize, que aſsi lo vio praticar muchas vezes.

13 ¶ Ad quod facit, quod nullitas non attẽditur quando eſt ſine effectu iuſtitiæ, Miſinger. centur. 1. obſeruat. 27. num. 2. ibi: *Verum in camera ſi poſſet conſtare de meritis cauſæ principalis, & de veritate cognoſci, vt quia partium iura ſint clara non attenditur nullitas commiſſa in proceſſu ſed de meritis cauſæ definitur nihilominus, &c.* Andr. Gail lib. 1. pract. obſernation. obſeruat. 42. num. 1. & ſequent. Gamma, in diciſ. Luſitan. 237. num. 3. Aluar.

Valaſ.

Valasc. de iure emphit. lib. 1. quæst. 6. nume. 14. & de partit. cap. 39. num. 72. & 73. donde hablando en juyzio de quentas y particion dize que vio muchas vezes, aunque vuiesse nulidad en ellas, y defecto de jurisdicion, confirmarlas, no resultando agrauios, vt patet, ibi: *Et inde exiuit illa vulgaris doctrina, qua quotidiæ vtimur in foro, quod non est audienda aliqua allegatio nullitatis sine effectu iustitiæ.* Et paulo inferius, ibi: *Vnde in proposito vidi non semel in senatu confirmari partitiones nulliter factas etiam ex defectu iurisditionis, & porpter in competētiam iudicij, quia non fuit ostensa aliqua læsio in illis, &c.* Y estas doctrinas se aplican muy bien a nuestro caso, en el qual Baltasar de Cuellar no ha mostrado agrauio particular contra la liquidacion q̄ hizo el executor, porque lo mas que insiste es, en que no se le dio lugar para presentar mas recaudos, auiendosele dado, como consta de los autos, muchos terminos para ello, y bastara para conuencerle, que en tanto tiempo como ha passado hasta agora desde que se hizo la liquidacion, no ha presentado vn solo papel, ni dicho agrauios sino es generales, los quales no pueden retardar el juyzio, vt tradit Escobar de de ratiocin. dict. cap. 31. num. 8. ibi: *Ac demum sigillatim & in specie sua grauamina explicabunt, non tamen generaliter, & sub inuolucro: quia si huiusmodi allegarentur grauamina minime retardanda foret execuiio, cum generalitas confusionem pariat, &c.*

14 ¶. Y quando ay defecto conocido en la justicia principal del que pretende el atentado, como aqui le ay, no se haze caso del, vt tradunt Afflict. in decis. 98. num. fin. Gregor. Lopez, in l. 27. titul. 23. par. 3. gloss. 8. Couarr. pract. cap. 23. num. 4. Azeued. in l. 2. titul. 13. lib. 4 recop. num. 48. & 49. Stephan. Gratia. disceptat. forens. tom. 5. cap. 960. n. 14.

15 ¶ Ync

15 ¶ Y no ſolo en eſte caſo ay defectos de la juſticia principal de la otra parte, ſino tambien es llano que no ay el atentado que pretende por no auerſe hecho cuentas por contadores de las partes, antes ſi el executor las vuiera hecho aſsi vuiera excedido por eſtar juzgado lo contrario en eſte pleyto, pues conſta en el que auiendo conocido el Alcalde mayor de Almuñecar del cũplimiento deſta carta executoria, y proueydo auto en que mandò que las partes ſe juntaſſen a cuentas, y nombraſſen contadores para la liquidacion, ſe vino a querellar a eſta Corte don Geronymo Eſpinola, y por autos de viſta y reuiſta con contradicion de Baltaſar de Cuellar, ſe deſpachò executor que cumplieſſe la dicha carta executoria, quitandoſela al Alcalde mayor que proueyò el dicho auto, con que vino a quedar determinado que no ſe auian de hazer quentas por contadores: pues no ſolo determina la ſentencia aquello que expreſſamente decide, ſino tambien aquello que viene en conſequencia, y ſe preſupone neceſſariamente para ſu determinacion, l. 2. C. de ordine cognitionum, in fin. Donde declarãdoſe el eſclauo por heredero, viene en conſequẽcia a quedar declarado por libre, por ſer preſupueſto neceſſario para ſer heredero, l. penult. ff. de his qui ſunt ſui, vel alien. iur. l. Pomponius, §. ſed & his, ff. de procurator. l. egi tecum 26. ff. de exceptio. rei iudic. ibi: *Obſtabit exceptio cum aliter ſuperior pars iure haberi non poſſit, quam ſi inferior quoque iure habeatur.* Bald. in l. 1 num. 3 C. ſi aduerſus rem iudicatam, Paul. in l. 1. ad fin. C. de ordine cognit. Angel. conſil. 257. in fin. vbi inquit. *Quod ſententia vnum continens exui atractiua indiſtincte aliud cõprehendit ſine quo illud ſuper quo lata eſt, non poteſt efectum ſortiri.* Craue. conſil. 174. nu. 2. & conſil. 149. n. 11. Beccius,

conſi.

conſ.232.lib.2.num.4.Stepha.Gratia.diſcept. forenſ.cap.445.num.20.Dom. D. Ioann. del Caſtillo,tom.5.cap.104.num.24. Y anſi mandandoſe dar executor por el agrauio que reſultaua contra don Geronymo, de auer mandado el ordinario hazer cuentas por Contadores,es cierto vino a quedar determinado, que no ſe auian de hazer cuentas en la dicha forma,pues ni ſe le quitara el cumplimiento,ni ſe diera executor para hazer cuentas auiendo de ſer juyzio ordinario,como ſe pretende por la otra parte.

16 ¶ Tampoco puede pretender Baltaſar de Cuellar,que el executor le hizo agrauio en començar la liquidacion, mandando declaraſſe la cantidad que auia pagado, y que exhibieſſe los recaudos,y cartas de pago q̃ tenia de todo; porq̃ eſto es en conformidad de lo que ſe pratica, y aconſejan que ſe haga los practicos, vt teſtatur ex pluribus, Petr.Barboſa,in l.diuortio, §. fin. 2. part.num.33.ff.ſoluto matrim.ibi. *Praxis autem Hſipaniæ admiſsit, vt iudex deferat iuramentum parti ſuper quantitate meliorationū, quas fecit, &c.* Y mãde dar fianças,y depoſitar la cantidad, de quo inferius agemus.

17 ¶ Y no puede dezir Baltaſar de Cuellar, que no fue citado para hazer la liquidació, pues el miſmo preſentò los papeles,y era el intereſſado en que ſe hizieſſe,y el actor en quanto a ella, pues don Gerony mo tenia ſentencia liquida en que ſe le mandauan reſtituyr ſus bienes cõ diez mil ducados de frutos, y Baltaſar de Cuellar auia de liquidar lo que auia pagado por cuẽta del precio principal deſta hazienda,y cenſos que auia redimido de los que eſtauan ſobre ella, y a quien ſe auia de citar era a don Geronymo,pues para el actor no es neceſſario mas de ſu comparecimiento en q̃ trata dela liquidacion,y la pide

 con

con que se haze sabidor, y lo es della, y aun en los casos en que se requiere citació, qui certus est certiorari amplius non debet, vt tradit Auend. in dictió verbo, *almoneda*, vers. *Supradicta precedũt.* Y sin embargo el Iuez fue dando traslado a cada vna de las partes de lo que pedia la otra, con que no se puede algar el dicho defecto de citacion, ni le ay.

18 ¶ Tambien se opuso a la vista por el Abogado de la otra parte, que deuia el executor liquidar la cantidad de mejoramientos, gastos, y costas que auia hecho en esta hazienda Baltasar de Cuellar, desde el vltimo remate, hasta el despacho de la carta executoria, interesses del dinero, y reditos de censos que auia pagado; porque aunque en la sentencia de reuista se mandan cópensar con los frutos percebidos de la dicha hazienda en el dicho tiempo, esto se ha de entender hasta en la concurrente cantidad, ex l. 4. C. de compensat. cum vulgatis. A lo qual està respondido en nuestra primera informacion de derecho, desde el nu. 7. hasta el 21. y se deue atender, que aunque la sentencia de reuista diga *Mãdamos se cenpensen con los mejoramientos, gastos, y costas, &c.* la palabra, *compensen,* se ha de entender alli q̃ se vaya lo vno por lo otro; porque la compensacion es excepció que se ha de oponer por las partes, y no esta opuesta por ninguna dellas en este pleyto, y aunque la nuestra pidiò los fructos, y trato de liquidarlos, y lo hizo por prouanças cócluyentes, y la otra parte alegò que auia hecho muchos gastos, no los liquido bastantemente, y por escusar pleytos, los señores Iuezes tomaron por medio q̃ se fuesse lo vno por lo otro, y quié en esto recibiò beneficio, fue Baltasar de Cuellar, por montar cantidad muy grande los frutos de los dichos bienes en el dicho tiempo,

y no

y no constar de mejoramientos ni gastos considerables, antes pide don Geronymo deterioraciones, y la palabra, *compensar*, no siempre significa compensacion precissa, quia etiam sumitur pro deductione extinctione, aut retentione, vt in l. fructus, 7. §. ob donationes, ff. soluto matri. et in l rei iudicatæ, §. 1. eodem tit. & in l. in restituenda, C. de hæredit. petit. & ibi glossa verbo compensatio: id est *resectio*. Y muchas vezes por escusar pleytos largos que suele auer sobre la liquidacion, e visto que los señores Iuezes vsando de la palabra, *compensar*, se entiende, que ha de ser yendose lo vno por lo otro, por ser todo iliquido y ansi lo han declarado, mayormente en materia de frutos, y mejoramientos, conformandose en esto con lo que dispone la l. 52. titul. 5. lib. 2. recopilat. que manda que se tassen, y moderen los frutos para que no se dè lugar a liquidaciones, de qua agit Escobar, cap. 33. num. 25 in fin. Y esto està juzgado en este pleyto, porque auiendolo opuesto al despacho de la carta executoria Baltasar de Cuellar, y al despacho del executor pidiendo los mismos gastos que aora: se mādò sin embargo por autos de vista y reuista, que fuesse a cūplir la dicha carta executoria, con que no se puede tornar a tratar de lo mismo.

19 ¶ Y de qualquiera manera que sea quando tuuiera color, la pretensiō de Baltasar de Cuellar, no podia pedirlo por via de excesso, ni atentado, ni le ay en este caso, ex ijs quæ latè tradit, Salgado, de Regia protect. tom. 2. part. 4. cap. 10. num 7. & 8. & sequentib. vbi, num. 22. tradit ex Parlad. lib. 2. cap. fin. 5. part, §. 11. nu 44. *Exceptionem plus minus vè esse liquidatum in executione sententiæ appositam non impedire, aut suspendere eius affectum, &c.* Y asi parece llano, que el dicho executor procediò en la liquidacion legitimamente,

sin

ſin que ſe pueda oponer que ſe cauſaſſe atentado en no auer hecho cuentas por Contadores nõbrados por las partes. Para lo qual es entermi-nos la deciſsion de Capicio 17.in fin. lugar digno de verſe donde ſe determinò auiendoſe mandado reſtituyr ciertos bienes, con que primero pagaſſe los mejoramientos, en quanto excedieſſen de los fructos, que fueſſe executor que hizieſſe la liquidacion ſumaria, y extrajudicialmente, y executaſſe la ſentencia, vt patet, ibi: *Fuit decretum, quod vadat commiſſarius, qui liquidet & exequatur iuxta formam ſententiæ ſumariæ, de pleno, & extraiuditia liter, & ſic fuit prius liquidatum.* Segun lo qual antes vino a hazer demaſiadas diligencias el Iuez executor en la liquidacion.

II. ARTICVLVS.

20 ¶ El aſſumpto deſte articulo, es moſtrar que no cometiò atentado el executor en mandar dar poſſeſsion de ſus bienes a don Geronymo con fianças.

21 ¶ La otra parte inſiſte, en que ya que pudieſſe el executor hazer la liquidacion en la forma que la hizo auiendo declarado ſobre ella, no podia executarla dando la poſſeſsion de los bienes a don Geronymo con fianças depoſitarias, ſino que deuia otorgar la apelacion interpueſta por Baltaſar de Cuellar, para ambos efectos deuolutiuo, y ſuſpenſiuo, para lo qual ſe alega a Rodrigo Suarez, in l. poſt rem iudicatam in declarat. l, Regni, limitat. 4. num 5. y a Parlad. lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 1. part. §. 12. nu. 32. Eſcobar, de ratioci. cap. 33 num. 25. verſ. *Et forté*, Rodriguez, de executione, cap. 1. art 4. nu. 30. verſ. *Quare hac in re.*

22 ¶ Tam-

290

22 ¶ Tambien insiste, que auiendo mandado la sentencia de reuista, que antes, y primero el dicho don Geronymo pague, no se le pudo dar la possession de sus bienes sin hazerlo aunq̃ diesse fianças, y se cita a Salgado, de Regia protect. 4. part. cap. 13. per totum, & maximè, numer. 55.

23 ¶ A lo qual se responde facilmente. Lo primero, que no es opinion segura, que quando se declara sobre la liquidacion se aya siempre de admitir apelacion ad effectum suspensiuum, porque muchos Autores indistintamente tuuieron, que la liquidacion que se haze en virtud de carta executoria, o para executar algun instrumento iliquido, aunque se apele della no impide la execucion, Paz, in praxi, 4. part. 1. tom. cap. 1. nũ. 15. Roder. Xuarez, in l. post rem iudicatam in declarat. Regni, limit. 4. num. 5. D. Couarr. lib. 2. variar. cap. 11. Escobar, de ratiotinius, cap. 33. à num. 22. Stephan. Gratia discept forens. tom. 1. cap. 183. num. 40. Salgado, de Regia protect. part. 2. cap. 11. num 43. & 44. tom. 1. & 4. part. cap. 10. tom. 2. nu. 28. & 29. vbi plures refert. Y en terminos dize citando a Escobar, vbi proximè, que se acostumbra en esta Chancilleria de Granada si se apela de la liquidacion hecha por el executor a quien se comete la carta executoria, remitirle la causa para que la execute, vt patet, ibi: *Quod multoties vidit appellatum ab executoribus executorialium e Granatensi Cancellaria emanatarum, propter liquidationem earumdem, & iterum per eamdem Cancellariam fieri remissionem ad executorem, vt executionem perficiat etiam in liquidatis, &c.* Y esto ha sucedido en este mismo pleyto, en el qual auiendo el Iuez executor declarado sobre la liquidacion en Granada, queriendose partir a Almuñecar, y pedido termino para ello, se contradixo,

por parte de Baltasar de Cuellar, apelando de la sentencia de liquidacion, y querellandose juntamente del en el Consejo, y junta de Poblaciõ, y sin embargo de su contradicion, y apelacion, se le concedio termino, y remitiò la causa por autos de vista y revista, con que partiò a executar su sentencia, que viene a ser en conformidad de lo que dizen, Escobar, y Salgado, que se acostumbra en esta Chancilleria. *Y assi viene tambien a auer cosa juzada en este articulo.*

24 ¶ Y los autores que se citan en contrario no prueuan la conclusion contraria, ni estan fixos en ella, vt videre est apud Parlador. lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 1. part. numer. 32. Que antes tiene la contraria opinion, vt patet, ibi: *Sed illud videamus oportet, an ab interlocutione, quã iudex facit super huiusmodi liquidatione locũ, habeat quãtum ad effectum: scilicet suspensiuum, & locum illam habere putat Gallesius, de obligationibus in forma Cameræ, tit. de liquidatione, num. 18. & sequitur Menochius, loco modo citato, mihi tamen contrarium magis sedet, cum explorati iuris sit ab executore appellandi ius non esse, nisi modo modus excedatur, &c.* Y lo que dize en el fin deste numero es, que acõseja, que el Iuez no declare sobre la liquidacion paraque no aya color de apelar, vt patet, ibi: *Verumtamen ne appellandi color aliquis quæratur consulto fecerit iudex, si non sententiam super liquidatione protulerit, sed statim executorium mandatum pro quãtitate liquidata decreuerit, &c.* Y lo mismo siente Rodrigo Xuarez, in d. limita. 4. num. 5. Y solo dize, que es mejor practica hazerlo sin declarar sobre la liquidacion, vt patet, ibi: *Et non cures petere pronuntiationem super liquidatione, ne forté ex hoc oriatur tela iudicaria, &c.* Y Escobar, de ratiotinijs, dict. cap. 33. numer. 25. vers. Et fortè. Refiriendo la doctrina de Bald. in l. 2. C. de except. rei iudicatæ, nume. 11. que tuuo q̃

el

el Iuez deuia declarar sobre la liquidacion antes de executar, didice alli, que semejante declaracion puede dañar, porque podria ser que se admitiesse apelacion della, y la causa executiua se hiziesse ordinaria, mas no dize afirmatiuamẽte que se admita apelacion de semejante declaracion, vt patet, ibi: *Hæc enim liquidatio in casu, de quo agimus necessaria non est, quia totaliter, & præcisse noceret expeditioni, & executioni reliquati, & liquidati, & forte appellatione interposita, & admissa super tali pronunciatione de executiua, & summaria res iudicata efficeretur ordinaria, & ferè inmortalis.* Y ansi no vienen los autores citados a estar contra lo que se funda por nuestra parte, ni en Tribunales superiores donde se atiende a la verdad, puede causar dificultad lo que dizen.

25 ¶ Lo segundo se responde, que el Iuez executor no hizo declaraciõ sobre la liquidaciõ, sino aquella que fue forçosa para este caso conforme a la sentencia de reuista, pues en ella se mandauan restituyr a don Geronymo sus bienes, con frutos, y por ellos desde el primero al vltimo remate diez mil ducados, con que primero pagasse a Baltasar de Cuellar lo que auia pagado por cuenta del precio principal, en que se le hizo el remate, y censos que huuiesse redimido, computado, y compensado hasta en la concurrente cantidad lo vno con lo otro, y para hazer la execucion, y restitucion de bienes le fue forçoso ajustar, y declarar conforme al computo que hizo lo que se auia de pagar a Baltasar de Cuellar, lo qual no podia excussarlo, por ser conforme a la carta executoria que se le cometiò, y no tener cumplimiento de otra manera.

26 ¶ Lo tercero se responde, que el Iuez executor no executò la liquidacion que hizo, sino la sentẽcia en lo que estaua liquida, que no auia

de

de retardarse por la apelacion interpuesta por Baltasar de Cuellar de la liquidacion, cum liquidum propter illiquidum non retardetur, vt tradit, Lancell. de attent. lite pend. cap. 4. limit. 28. num. 1. Escobar, de ratiocin. cap. 31. nu. 7. Y los autores citados hablan en caso, que se haze declaracion sobre la liquidacion, y se trata de executar la misma liquidacion, sin embargo de la apelacion interpuesta de la declaració hecha sobre ella, y quando se despacha executor, aun en este caso se obserua lo contrario, vt diximus supra, ex Escobar, de ratiocin. cap. 33. num. 22. & 23. in fine, Salgado, 4. part. cap. 10. num. 29. & alijs.

27 ¶ Lo quarto, porque a quien tocaua hazer la liquidacion de lo que auia pagado, era a Baltasar de Cuellar, a el qual se le dieron diferétes terminos por el executor; y siempre la fue dilatando, por estarse desfrutandose los bienes de don Gerony mo, y dilatar el restituyrselos, y en este caso esta determinado, q̃ puede el Iuez executor sin cometer atentado, aun sin hazer la liquidacion ni esperarla, dar la possession de los bienes a aquel aquien se manda restituyr; porq̃ de otra manera estaria en su mano restituyrlos quádo quisiesse, y le estuuiesse bien, dilatando la liquidacion, vt tradit, Marian. Socin. cons. 62. num 7. vol. 1. Puteus, in decis. 471. num. 2. vers. *Et tanto magis*, lib. 1. Hercules Marescot. variar. resolut. lib. 2. cap. 112. num. 20. & num. 32. ibi: *Tertia affertur limitatio ad dictam principalem conclusionem, vt neu habeat locum quando intra terminum præfixum melioramenta non fuerunt liquidata, quia tunc stãte mora, non est amplius locus retentioni, ne aliàs sit in potestate petentis, propter moram liquidandi retardare executionem sententiæ*. Salgado, de Regia protect. 4. part. cap. 13. num. 55. & sequent. Donde auiédo

tratado

tratado la question, y dicho que se auian de liquidar y pagar primero las expēsas, que se haga la restitucion de bienes, quando lo expressa la sentencia: dize luego en el num. 69. y 70. ibi: *Vnum tamen non ommittam, quod ijs casibus quibus diximus executionem sententiæ impediri propter huiusmodi retentionem rei, ob expensas in ea factas, debet saltim prius in genere constare, & apparere de illis; quò casu Rottæ stylus est, vt executor præfigat terminum condemnato opponenti de melioramentis, vt intra illud illa liquidet, &c.* Et paulò inferius ibi: *Qui quidem si intra prædictum terminum sibi præfixum melioramētà, non liquidauerit, proceditur ad executionem, quia tunc stante mora non est amplius locus retentioni, ne sit in potestate opponentis, propter moram liquidandi sententiæ executionem retardare,* Marius Giurba, in decis. 60. numer. 18. vbi alios refert, &c. Y parece vio el executor estos lugares, segun los terminos que dio a Baltasar de Cuellar, y aunque pudiera, sin esperar la liquidacion que el dilataua, dar a don Gerony mo possession de sus bienes, la hizo en forma bastante.

28 ¶ Lo quinto, porque de qualquiera manera que sea, la apelacion interpuesta del executor, etiam si modū excederet, solo podia obrar el efecto deuolutiuo, y no el suspensiuo, tradit Zauallos, comun. contra comun. quæst. 190. num. 3. Stephan. Gratian. disceptat. forens. cap. 146. num. 31. ibi: *Quia licet daretur appellatio, quando exceditur modus in executione, tamen intelligitur quoad effectum deuolutiuum, non suspensiuum, nam illius respectu non retardatur executio.* Et diximus supra, ex Escobar, cap. 33. num. 22. & 23. Salgado, 4. part. cap. 10. num. 15. 16. & 29. donde en el num. 33. y 34. dize, que entonces se causarà atentado de no admitir el executor la apelacion, quando se entremete a liquidar lo que tacita,

cita, ni expressamente se puede comprehender en la sentencia: y aqui no solo no se entremetio en mas de lo que contenia la sentencia, sino antes en menos, pues pudo liquidando los cobres que sacò Baltasar de Cuellar del ingenio, hazer que los pagasse, ò compensarlos con el alcance, y no lo hizo, ad quod est mirabilis text. in l. 3. §. si reddita, ff. commodati, ibi: *Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita quæ deterior facta redditur, nisi quod interest præstetur, propiè enim dicitur res non reddita, quæ deterior redditur*, l. 1. §. si res, ff. depositi, cum alijs pluribus adductis à Salgado, de Regia protectione, part. 4. cap. 9. num. 182. & seqq. vsque ad n. 213. donde funda largamente, que el executor, a quien se cometio la restitucion de la cosa, no excede en entremeterse a conocer y liquidar los daños que ay en ella, y hazerlos pagar: lo qual viene a ser en terminos mas rigurosos que en nuestro caso, en el qual se mandaron restituyr sus bienes a don Geronymo; y en quanto a los cobres del ingenio de açucar, siendo parte del, vino a restituyrle menos en parte, pues lo eran del ingenio, sin los quales no podia moler, ni se le restituyò entero.

29 ¶ Y no es contra esto lo que dize Salgado, dict. 4. par. cap. 10. num. 31. citado en contrario, donde parece dà a entender, que si el executor se entremete en liquidar los daños, excede, porque alli habla quando la sentencia condena solo en las expensas, y el executor se dio para que las liquidasse, sin que las palabras de la sentencia pudiessen comprehender los daños, vt patet ibi: *Excessus autem in liquidatione, verè, & propriè ille dicitur, quando in liquidatione executor modum excedit: quod tunc fiet, quando per eum modus condemnationis, & rei indicatæ, siue etiam liquidatio-*

nis

nis variatur, alteratur, aut aliter mutatur, a ponendo manum in eo, quod sub generalitate verborum sententiæ, & rei iudicatæ minimè comprehenditur, nec verbaliter, nec virtualiter, nec tacitè, nec expressè; vt puta quando quis condẽnatur ad expẽsas liquidãdas, quæ cum de iure non veniant personales executor, insuper eas simul liquidet, vel cum in expensis condemnatio facta sit, executor de damnis faciat etiam taxationem, y acà estamos en caso, en que se mandaron restituyr a don Geronymo sus bienes, que es conforme a lo que dize el mismo Salgado, dict. cap. 9. num. 182. ibi: *Sedet de alia quæstione semel & passim vidi dubitari, an executor excedat compellendo reum condemnatum ad rem reddendam, seu restituendam, vt pariter soluat, reddatque æstimationẽ damni, & deteriorationis factæ, & liquidatæ iure ipsa.*

30 ¶ Vltimamente se deue considerar, que el Iuez executor no executò la sentẽcia de liquidacion, sino que auiendole cometido principalmente la restitucion de los bienes de don Geronymo, y auiendo liquidado lo que Baltasar de Cuellar auia pagado por cuenta del remate de los dichos bienes, y censos que auia redimido para q̃ se le pagasse antes cõforme la sentencia; apelò Baltasar de Cuellar, y no deuia el Iuez esperar a que siguiesse su apelacion, y la feneciesse, para restituyr los bienes a don Geronymo, y que en el interin gozasse de los frutos dellos Baltasar de Cuellar, que es lo q̃ a pretẽdido con tantas dilaciones, y se cũple con dar fianças, ò depositar que es la medicina en semejantes casos, vt aduertit Gãma, decis. Lusitan. 4. num. 3. ibi: *Neque opus fuit in prædicta causa illa medela vti aduersus morbum procelãdi lites, vt deposita quantitatiue meliorationum, quam ipsamet dixerit actrix res domino tradatur, vt solemus quotidie iudicare per ea quæ tenet, Alciatus cons. 450. num. 26. Cum ait in melioramentis non liquidis*

quidis sufficere depositum, & per Negusant. de pignoribus, 4. membro, 5. part. num. 10. vers. 3. conclus. Et ex pluribus tradit, Petr. Barbos. in l. diuortio, §. fi. 2. part. num. 31. & sequentibus maximè. numero. 34.

31 ¶ Y no se podra oponer que esto procede quando la sentencia no exp.essa, como aqui lo hizo, que pagasse primero dõ Geronimo por que se ha de hazer con efecto antes, y no confiãças ni deposito, para lo qual se cita en contrario la decision de Capicio, 17. que esta en nuestro fauor, como queda dicho, porque en ella no se hizo liquidacion como en nuestro caso, ni se apelò della, y ansi se mandò que fuesse executor q̃ la hiziesse breue, sumaria, y extrajudicialmente, y al lugar de Salgado, part 4. cap. 18. n. 62. que dize, que nó se ande admitir fianças, ni deposito. Se respóde, que se ha de entender quã do esta liquido lo que se ha de pagar, y no ha apelado la parte, porque quando dilata la parte aquien se ha de pagar la liquidacion, o apela della, el mismo se impide que le paguen como lo aduierte el mismo Salgado ibidem, num. 69. & 70. & diximus, supr. ex Marescoto. Giurba, & alijs.

32 ¶ Præterea el deposito, quando la parte no quiere recibir el dinero, habetur loco solutionis, o quãdo ay impedimento legitimo para no entregarselo, l. ob signatione, 9. C. de solut. l. 1. §. apud Iulianũ in fin. ff. depositi. l. acceptam, 19. C. de vsuris, & ibi Bart. num. 4. & in l. si debitor, ff. de solut. in principio, Alexan. Trentacinq. variar. resolut. lib. 3. titul. de solutionibus resolutione, 22 num. 1. & sequentibus, & per totam, y enterminos quando la sentencia mandò pagar antes, per text. in l. 1. C. qui potiores, tenet Aluar. Valascus de iure emphit. quæst. 25. num.

num. 23. Petr. Barbosa, in dict. l. diuortio. §. fin. 2. part. num. 34. in fin. ibi: *Adeo quod si quis condẽnetur ad rem remitendam solutis ei prius meliorationibus depositum prædicto modo factum pro solutione habeatur.*

33 ¶ Y no seria de importancia si se opusiesse, que el deposito se hizo despues que se vino el Iuez executor, y no antes que executasse la sentencia. Porque se responde. Lo vno, que Baltasar de Cuellar quedò pagado con la cantidad que montaron los cobres que ha retenido en su poder, y es parte de la misma cosa que auia de restituyr como queda fundado, y importan mas de 30ʮ. reales, y con los 4ʮ. ducados que cargo de censo sobre los bienes de don Geronimo, y a cõsentido se paguen del alcance, antes viene a quedar deudor de mucha cantidad. Lo otro, que cõ las fianças depositarias que diò don Geronimo antes que se executasse la sentencia, se supliò el dicho deposito por entonces; porque semejantes fianças obran lo mismo, que si el dinero estuuiera extante, y en deposito, l. 1. ff. de vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, l. procuratoris, §. fin. ff. de tributoria, Paul. de Castr. cons. 289. aliàs 285. incipit visis, & ponderatis, volu. 1. Vincent. de Franchis, decis. 75. num. 9. part. 1. D. Franciscus Hieronymus de Leon, decis. Valentina. 50. num. 11. Lo tercero y vltimo, porque basta que el deposito se aya hecho despues para suplir el dicho defecto, pues aũ en la liquidacion que ha de proceder a la execucion, esta determinado que haziendose despues en el discurso del pleyto no se reuoque por esta causa vt ex pluribus tradit D. Alphonsus Perez de Lara, de aniuersa. libr. 1. cap. 10. numer. 69. ibi: *Nam si in discurso executionis fieret liquidatio, & iudex pronuntiaret sententiam, quæ vulgo dicitur de trance, y*

remate á qua esset appellatum, & petatur retractio, eo prætestu, quod liquidatio non præcessit exequutionem, nã tali casu non retractabitur sententia. Non enim est reuocandum, quod debet fieri de nouo, Iacobus Cancer. variar. lib. 3. cap. 17. numer. 561. Fontanel. de pact. nupt. clausula 4. gloss. 18. p. 4. num. 107. & 108. De que se resulta ser justa la pretension de nuestra parte, y deuerse reuocar el auto de vista. S. V. D. C. &c.

Lien. Manuel

Adarbossa